

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 219.088 du 27 avril 2012

G./A.204.449/VI-19.561

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée
ADEM,
2. la société anonyme PIRON ETUDES
EN CONSTRUCTION,**
formant ensemble une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Me Nathalie TISON, avocat,
rue Jules Destrée, n° 72,
6001 Marcinelle,

contre :

**le centre public d'action sociale
de Braine-le-Comte,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Thomas CAMBIER, avocats
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 13 avril 2012, la société privée à responsabilité limitée ADEM et la société anonyme PIRON ETUDES EN CONSTRUCTION, formant ensemble une société momentanée, sollicitent l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la délibération du Conseil de l'Action sociale du 27 mars 2012 du CPAS de BRAINE-LE-COMTE, dont les bureaux sont sis rue des Frères Dulait 19 à 7090 BRAINE-LE-COMTE au terme de laquelle le marché public de service pour la construction d'une nouvelle résidence-services et de locaux administratifs – mission d'auteur de projet – est attribué à l'association momentanée AXI(h)OME/TRIEDRE/COREPRO".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 16 avril 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 avril 2012 à 10 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Nathalie TISON, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Thomas CAMBIER et Patrick THIEL, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Le 24 novembre 2011, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un marché public de services concernant une mission d'auteur de projet ayant trait à la construction d'une résidence services de 25 logements et locaux administratifs.

Un rapport d'analyse des offres est rédigé le 6 février 2012.

Le 27 mars 2012, la partie adverse attribue le marché public litigieux à la société momentanée AXI(h)OME/TRIEDRE/COREPRO.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV MOYEN UNIQUE

IV. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un moyen pris de "l'excès de pouvoir, de la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains

marchés de travaux, de fourniture et de services et plus particulièrement des articles 15, 16 et 65/4 et suivants, de l'article 110 § 3 de l'arrêté du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et du principe de motivation adéquate, de la violation du cahier spécial des charges et des principes d'égalité entre les soumissionnaires et de transparence, de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle expose ce qui suit :

" Première branche : sur l'article 1.7.1 du cahier spécial des charges

[...]

2. En l'occurrence, sur les trois soumissionnaires en lice pour la comparaison des offres soit l'association momentanée DDV SPRL et ELLYPS, la requérante et le soumissionnaire choisit (l'association momentanée AXI(h)OME/TRIEDRE/COREPRO), seule la requérante s'est conformée à cette exigence du cahier spécial des charges et obtenu un accord de principe de l'administration de l'urbanisme sur le projet de construction d'une nouvelle résidence-services et de locaux administratifs !

Or, la clause du cahier spécial des charges précisant que les documents joints à l'offre et portant sur la conception générale du projet auront reçu un tel accord constitue un élément substantiel dont le non-respect entraîne et doit entraîner l'irrégularité des offres.

Cette exigence reprise au cahier spécial des charges est incontournable et nécessairement essentielle dès lors que l'acceptation d'un projet urbanistique par l'autorité administrative idoine est une condition sine qua non de sa faisabilité.

Il appartenait, en conséquence, à la partie adverse d'écarter les offres ne respectant pas cette clause du cahier spécial des charges à défaut de violer les prescriptions de ce dernier et l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993.

3. En tout état de cause, ne pas tenir compte de cette obligation préalable expresse, est de nature à porter atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires et laisse la porte ouverte à l'arbitraire.

En effet, en n'ayant pas obtenu, a minima, l'assurance de ce que les projets des différents soumissionnaires tenaient la route sur le plan de l'aménagement du territoire et/ou ne rencontreraient pas d'obstacles majeurs dans leur réalisation, l'on se retrouve dans une situation curieuse au terme de laquelle la partie adverse ne dispose d'aucune certitude de ce que le projet, in fine, retenu soit de facto réalisé !

Tel est d'ailleurs le cas, en l'occurrence; il résulte en effet des informations communiquées à la requérante, qu'à tout le moins, l'implantation du projet de la société AXI(h)OME & Consorts devrait être totalement revue !

Il est bien évident qu'une telle révision aura des effets directs sur l'ensemble des paramètres du projet qu'il s'agisse de sa conception, de sa volumétrie, de l'évaluation de son coût, etc...

Dans de telles circonstances, la comparaison des offres opérée est biaisée et n'a aucun sens.

En admettant que le projet des soumissionnaires n'ait pas été soumis préalablement à un accord de principe des services de l'urbanisme, la partie adverse viole dès lors non seulement le principe d'égalité entre les soumissionnaires mais elle commet également une erreur manifeste d'appréciation.

Remarque :

Dans son mail du 11 avril 2012, le conseil de la partie adverse indique à ce sujet que «l'offre (de la requérante) ne satisfait pas à l'exigence d'avoir obtenu un accord de principe de l'administration de l'urbanisme, sans que ceci n'ait porté à conséquence. Vous savez en effet que c'est le Fonctionnaire Délégué qui est compétent et non l'Administration Communale. Le Pouvoir Adjudicateur a cependant considéré que cet élément n'était pas substantiel et a, par conséquent, considéré l'offre de votre client comme régulière de sorte que la critique manque d'intérêt».

Outre qu'il s'agit d'une motivation a posteriori non admissible, cette remarque n'est pas pertinente.

D'une part, la clause précitée vise l'obtention d'un accord de principe de l'administration de l'urbanisme sans autre précision à telle enseigne qu'il peut s'agir tant du service urbanisme de l'Administration Communale du territoire sur lequel le projet doit être implanté que celui du Fonctionnaire Délégué.

Il apparaît au demeurant du rapport d'analyse que l'accord du service urbanisme communal était bien celui requis dès lors qu'il met en exergue le respect par la requérante de cette clause du cahier spécial des charges sans considérer explicitement ou implicitement qu'elle se serait fourvoyée. L'interprétation de l'exigence précitée ne peut en conséquence qu'être celle apparaissant in tempore non suspecto, dans ledit rapport, et non celle définie, a posteriori, telle «moutarde après dîner», dans le mail du conseil de la partie adverse, interprétation procédant davantage d'une volonté de régulariser des offres non respectueuses de cette clause.

Bien plus, Monsieur JACOB, Chef de bureau, personne de contact référencée par le cahier spécial des charges a confirmé à la requérante, sur interpellation, qu'il y avait lieu de prendre contact avec le service urbanisme de l'administration communale de BRAINE-LE-COMTE.

D'ailleurs et, pour rappel, le terrain devant accueillir le projet se trouve dans une zone d'aménagement communal concerté (ZAC) à telle enseigne que le projet urbanistique devra nécessairement recevoir l'aval de la Commune dont l'avis dans ce cadre est décisif.

Enfin, les services du fonctionnaire délégué n'accordent aucun rendez-vous a fortiori pour des esquisses de concours outre que les délais impartis pour le dépôt des offres empêchaient rationnellement tout contact avec ce dernier !

Partant, la clause du cahier spécial des charges en visant l'administration de l'urbanisme visait sans contestation possible le service idoine de la Commune !

Cette première branche est fondée.

Deuxième branche : sur le premier critère d'attribution du marché – le prix

[...]

En ce qui concerne, plus particulièrement, le premier critère d'attribution portant sur le prix, le cahier spécial des charges prévoit une pondération de 30 points et une

cotation au terme de laquelle le maximum des points est attribué au taux le plus bas, ensuite, application de la règle de 3.

2. Il résulte du rapport d'analyse sur base duquel l'acte litigieux se fonde que :

- L'association momentanée DDV et ELLYPS a remis un taux d'honoraires de 8,5 % obtenant de la sorte une cote de 21/30;
- La requérante a proposé un taux de 7,50 % et obtenu une cote de 23/30;
- L'association momentanée AXI(h)OME/Trièdre/Corepro a remis un taux de 5,85 % lui permettant d'obtenir la cote maximale de 30/30;

Or, ce taux de 5,85 % est anormalement bas.

Il s'agit, en effet, d'un taux plancher ne pouvant être raisonnablement proposé qu'en spéculant, à nouveau, sur la qualité du service à rendre, ce qui ne peut être admis !

Ce taux est 22 % plus bas que celui proposé par la requérante qui est la «seconde moins disante» et 31,2 % plus bas que celui de l'association momentanée DDV et ELLYPS. Il est encore 26,87 % plus bas, soit plus du quart, de la moyenne des taux desdites offres !!!

La partie adverse aurait donc nécessairement dû s'interroger sur ce prix plancher et son caractère spéculatif, anormal au regard des minimas requis pour assurer au maître de l'ouvrage un travail de qualité!

Il convient de rappeler, en effet, que «le prix est un des aspects importants du marché.

Il importe, en effet, que le pouvoir adjudicateur ne paie pas la commande plus chère que ce que ne propose raisonnablement le marché.

Il a tendance à tirer les prix vers le bas, s'il est a priori dans l'intérêt de la personne qui passe la commande, peut comporter des effets pervers de deux types aux moins.

Tout d'abord, un prix anormalement bas aura presque inévitablement des conséquences négatives sur la qualité des commandes réalisées.

Le pouvoir adjudicateur ne fait alors pas une bonne opération, puisque la réalisation de sa commande s'en trouvera affectée de manière négative et que les travaux, biens ou services qui lui seront en définitive fournis risquent d'être de piètre qualité.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat a jugé que le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à l'égard du caractère normal ou non des prix d'une soumission, a essentiellement pour objet de permettre de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges, tant au point de vue qualité technique, qu'au point de vue délais et exclut toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et du budget public.

Il ajoute que c'est dans ce sens que le rapport au Roi précédant l'arrêté royal d'exécution de la loi sur les marchés publics du 14.10.1964, devenu par la suite l'arrêté royal d'exécution du 22.04.1977, dont les dispositions sur le contrôle des prix anormaux d'une soumission se retrouvent aujourd'hui à l'article 110 de l'arrêté royal d'exécution du 08.01.1996, précise qu'une nullité relative affecte des soumissions "dont les éléments ne concordent pas avec la réalité, et ce afin de permettre au Maître de l'ouvrage d'écarter les prix fantaisistes qui pourraient avoir des répercussions fâcheuses sur l'exécution de l'entreprise ou permettraient de

réaliser des spéculations abusives"» (P. THIEL, Memento des marchés publics 2012, Kluwer, page 540).

La partie adverse aurait donc dû constater le caractère anormalement bas du taux proposé au regard des offres déposées mais aussi, d'une manière plus générale, au regard des prix habituellement pratiqués sur le marché et, à tout le moins, faire usage de l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 08.01.1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics en demandant au soumissionnaire de justifier son prix anormalement bas.

Non seulement tel n'a pas été le cas mais la spéculation de l'offre du soumissionnaire retenu a, encore une fois, été valorisée par la partie adverse, le maximum des points lui ayant été attribué pour critère ! Cette attribution est manifestement irrégulière.

Troisième branche : sur le second critère d'attribution du marché «réduction des délais»

[...]

Il résulte du rapport d'analyse établi par la société AT OSBORNE que la société AXI(h)OME, adjudicataire désigné, a obtenu à cet égard la cote maximale de 30/30.

La requérante obtient, quant à elle, une cote de 25/30 et l'association momentanée DDV et ELLYPS, une note de 18/30.

2. Les points attribués sont toutefois totalement arbitraires.

En effet, les délais proposés par la société AXI(h)OME et consorts pour la réalisation de leur mission sont totalement irréalistes portant directement atteinte à la qualité des prestations devant être effectuées.

La société AT OSBORNE l'a d'ailleurs constaté sans détour en page 9 de son rapport :

«Attendu l'ampleur des réductions proposées, afin de ne pas spéculer sur la qualité, la réduction sur les délais est limitée dans la valorisation à 50 % du délai initial du CSC.

En effet, une réduction supérieure à 50 % est jugée déraisonnable et ne peut être jugée/valorisée positivement .

Notons que cette adaptation ne modifie pas le rang des soumissionnaires pour ce critère» (page 9 du rapport d'analyses).

Il appartenait, en conséquence, à la partie adverse d'être cohérente avec son propre constat et écarter toute offre dont les réductions de délais proposées étaient trop importantes et de nature à porter atteinte à la qualité de la mission qui devait être assurée.

L'offre de la société Axi(h)ome proposant des réductions de délais totalement déraisonnables – ce qui est incontestable –, aurait nécessairement dû être écartée car jugée irrégulière.

Tel n'a toutefois pas été le cas.

Au contraire, de manière surréaliste, la société AXI(h)OME, alors qu'elle a indubitablement spéculé sur la qualité du travail à fournir en proposant des délais irréalisables, obtient pour ce second critère la totalité des points !!

La société AT OSBORNE, en présence d'une offre spéculative, au lieu de l'écarter, a en effet décrété, en contradiction avec son propre jugement et en violation du principe d'égalité des soumissionnaires, qu'il y avait lieu de considérer que toute réduction des délais supérieure à 50 % (et dès lors déraisonnable) devait être ramenée à ce seuil.

Ce faisant, elle a ni plus ni moins biaisé la cotation attribuée et favorisé sans conteste la spéculation en la valorisant à son maximum par une attribution de 30 points sur 30 et en pénalisant les soumissionnaires qui avaient apprécié raisonnablement la réduction des délais en tenant compte, tout à la fois, du souci de l'autorité administrative d'avancer sans retard dans son projet et du souci de la nécessaire qualité de la mission à poursuivre.

Il résulte en conséquence des éléments ci-dessus développés que la partie adverse devait écarter l'offre de l'association momentanée Axi(h)ome/Trièdre/Corepro étant irrégulière en raison de son caractère spéculatif et, à défaut, en tout état de cause, constater ce caractère spéculatif et n'accorder aucun point pour ce second critère.

La partie adverse, en adaptant de la sorte ce critère d'attribution, l'a dénaturé portant atteinte aux principes d'égalité des soumissionnaires et de transparence.

Si l'on pousse, au demeurant, le raisonnement jusqu'à son boutisme, il eut suffi à chacun des soumissionnaires, s'ils avaient été informés de cette position curieuse de la partie adverse en présence d'une spéculation, de réduire de 100% les délais d'exécution afin d'avoir la certitude d'obtenir le maximum des points pour ce critère d'attribution.

Ceci relève sans conteste de l'erreur manifeste d'appréciation.

Quatrième branche : sur le 3^{ème} critère d'attribution du marché

L'appréciation par la partie adverse de ce troisième critère d'attribution portant sur la spécificité de la conception et l'originalité de la méthode proposée est manifestement déraisonnable et vicie la cotation attribuée à la requérante.

D'une part, la société AT OSBORNE commet des erreurs dans l'examen de l'offre de cette dernière et formule des critiques dénuées de tout fondement.

D'autre part, alors qu'elle reconnaît expressément la force particulière du projet de la requérante (jonction entre la résidence services et les bâtiments du CPAS), elle se refuse à en tirer les conséquences au moment de la cotation.

En effet, AT OSBORNE justifie la cote de 8/10 attribuée pour l'esquisse d'intention en formulant un certain nombre de critiques du projet envisagé, critiques qui sont totalement inexactes :

Ainsi,

- AT OSBORNE, erronément, met en exergue l'absence de local poubelle alors, pourtant, qu'il est expressément prévu, comme en atteste la vue du rez;

- AT OSBORNE critique, à tort, l'installation des sanitaires dans la zone résidence services les rendant difficilement accessibles pour les employés du CPAS alors que les sanitaires sont bien sis dans la zone réservée aux bureaux du CPAS comme en attestent les plans;

- AT OSBORNE a également mal lu les plans établis dès lors que l'entrée principale donne bien sur le sas des ascenseurs et le hall de l'espace salle polyvalente ... minimisant de la sorte les circulations;

- Le rapport d'analyses critique, à tort, la situation de la salle polyvalente prétextant de circulations inutiles engendrées étant à l'entrée du bâtiment outre qu'elle ne bénéficierait pas d'un éclairage suffisant ... alors que cette salle est sise juste en face de l'ascenseur du bâtiment réduisant de la sorte les circulations et qu'elle possède une façade ... entièrement vitrée à l'Est !

- AT OSBORNE critique, à tort, la position du desk d'accueil la qualifiant de peu cohérente en ce qu'elle se trouve dans l'espace de la salle polyvalente alors qu'il s'agit d'un «meuble» pouvant être placé selon les desiderata précis du maître de l'ouvrage; cette option est bien évidemment fonctionnelle puisqu'elle permet à une seule personne d'assurer l'accueil tant pour les visiteurs des bureaux que pour les visiteurs de la résidence services.

La perte de 2 points sur 10 pour l'esquisse d'intention n'est donc nullement justifiée étant fondée sur les erreurs commises par la société AT OSBORNE dans son analyse du projet de la requérante.

Cette perte de 2 points sur 10 est d'autant moins justifiée que la particularité du projet soit la liaison de la résidence services avec le home existant n'est nullement valorisée.

En effet, la société AT OSBORNE relève que cette intégration a été «remarquablement traitée» et que cette jonction est «rationnelle, pertinente et ne déforçant nullement le projet» (page 12 du rapport d'analyse).

Or, alors que l'auteur de l'analyse des offres estime cette particularité comme étant manifestement un plus dans le projet de la requérante, il n'en tire aucune conséquence pour le motif – inadmissible – qu'elle n'a pas été prévue par le cahier spécial des charges !

On peut, d'évidence, comprendre qu'une offre non-conforme au cahier spécial des charges soit sanctionnée voir même écartée. L'on ne peut toutefois comprendre et encore moins admettre que l'originalité même du projet envisagé, reconnu de surcroît comme telle, soit pénalisé et /ou non-valorisé alors que le cahier spécial des charges n'envisageait pas cette éventualité et, bien évidemment, ne l'excluait pas !!

En ne tirant pas les conséquences positives de la mise en exergue de la qualité du projet de la requérante et en justifiant erronément et inadéquatement cette absence de valorisation, la partie adverse viole, bien évidemment, les exigences de motivation formelle mais commet également une erreur manifeste d'appréciation.

La requérante devait obtenir, pour ce critère, la cote de 10/10.

Il résulte en conséquence des éléments ci-dessus développés que le marché public de service concerné par le présent recours a été attribué à une offre irrégulière outre que la partie adverse a violé un certain nombre de principes fondamentaux mais aussi la notion même d'offre la plus intéressante visée à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 visée au moyen.

Il ne peut en effet être raisonnablement considéré et être en adéquation avec la volonté du législateur qu'une offre clairement spéculative soit considérée comme étant l'offre la plus intéressante ! La partie adverse, d'évidence, a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen unique est fondé."

La partie adverse répond que :

" 2.1. PREMIERE BRANCHE : ACCORD DE PRINCIPE DE L'ADMINISTRATION DE L'URBANISME

[...]

2.1.2 Irrecevabilité à défaut d'intérêt

10. Le requérante se prévaut d'une irrégularité de l'offre de l'attributaire pour invoquer son écartement, alors que son offre comporte la même irrégularité - non substantielle.

En effet, la requérante ne dispose pas davantage que l'attributaire de l'accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme visé par l'article 1.7.1. du cahier spécial des charges.

11. Dans l'offre de la requérante il est uniquement indiqué que :

«En date du mercredi 1^{er} février 2012, Luc Stiévenart est allé présenter le projet à Madame Lena Fanara, Architecte à la Ville de Braine-le-Comte et responsable de l'Urbanisme.

Le projet a reçu un accord de principe quant à son implantation, sa volumétrie et la composition des façades.

Celui-ci peut s'insérer dans le plan général d'aménagement de la ZAC (approuvé par le Ministre Antoine en date du 14 juillet 2009), sans hypothéquer les aménagements prévus.

Nous pouvons donc garantir que le permis d'urbanisme pourra être obtenu sans difficulté majeure sur base de notre projet.»

Force est de constater que l'engagement verbal de l'architecte de la Ville de Braine-le-Comte ne présente aucune valeur juridique et ne fournit aucune garantie d'obtention du permis.

Cet engagement verbal ne constitue pas plus un Accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme au sens du cahier spécial des charges.

En effet, il semble échapper à la requérante que la Ville de Braine-le-Comte n'est pas l'autorité compétente pour délivrer le permis d'urbanisme.

Le projet porte sur un équipement de service public ou communautaire et est porté par une personne morale de droit public,

Or, en vertu de l'article 127, § 1^{er}, 1^o et 7^o du CWATUPe, le permis d'urbanisme est délivré par le fonctionnaire délégué :

- lorsqu'il est sollicité par une personne de droit public;
- lorsqu'il concerne les constructions et équipements de service public ou communautaires.

L'accord de principe de la Ville de Braine-le-Comte est donc sans grande pertinence pour le marché litigieux

Enfin, cet engagement étant verbal, il ne pouvait aucunement être vérifié par la partie adverse.

12. Dans le rapport d'analyses des offres, il est indiqué que :

«Le soumissionnaire mentionne qu'il a rencontré l'architecte de la commune de Braine-le-Comte, responsable de l'urbanisme. Il indique dans son projet qu'un accord de principe a été donné par les services de l'urbanisme. Cette démarche démontre au niveau de l'approche méthodologique un aspect volontariste et proactif.»

De la sorte, la partie adverse ne constate pas que l'offre comporte l'accord de principe prévu au cahier spécial des charges, mais reprend seulement les termes de l'offre du requérant qui prétend avoir reçu cet accord verbalement de l'architecte de la Ville. Le seul enseignement qu'il en est d'ailleurs tiré est que cette démarche démontre un aspect volontariste et proactif.

Il ne peut en être déduit que la partie adverse a déclaré que l'offre de la requérante comportait l'accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme.

13. C'est donc à tort que la requérante soutient que l'offre de l'attributaire, contrairement à la sienne, ne présenterait aucune certitude quant à sa réalisation.

A cet égard la requérante invoque que :

«il résulte en effet des informations communiquées à la requérante qu'à tout le moins, l'implantation du projet de la société AXI(h)OME & Consorts devrait être totalement revue !

Il est bien évident qu'une telle révision aura des effets directs sur l'ensemble des paramètres du projet qu'il s'agisse de sa conception, de sa volumétrie, de l'évaluation de son coût, etc...».

La requérante ne présente aucun élément probant tendant à justifier une telle prétention. Par ailleurs, une telle information, à la supposer fondée, quod non, demeure confidentielle.

14. Dès lors que l'engagement verbal obtenu de l'architecte de la Ville de Braine-le-Comte ne peut valoir d'Accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme, il convient de constater que l'offre de la requérante était, à cet égard, autant irrégulière que celle de l'attributaire.

La requérante n'a donc pas intérêt à soulever cette irrégularité pour soutenir l'écartement de l'offre de l'attributaire dès lors que, sur ce fondement, son offre devrait également être écartée.

La requérante ne présente donc pas d'intérêt au moyen unique pris en sa première branche.

2.1.3 Non fondement

15. A titre subsidiaire, à supposer que l'engagement de l'architecte de la Ville de Braine-le-Comte satisfasse à la prescription du point 1.7.1 du cahier spécial des charges il apparaît que les prétentions de la requérante ne sont pas fondées.

Le Conseil d'Etat juge que :

«Le pouvoir adjudicateur dispose, conformément à l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, d'un pouvoir d'appréciation lui permettant de ne pas tenir pour substantiellement irrégulière une offre ne comportant pas l'ensemble des pièces ou documents indiqués au cahier spécial des charges pour autant que les prescriptions essentielles de celui-ci ne soient pas violées;».

En l'espèce, l'absence d'accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme ne peut être qualifiée d'irrégularité affectant une prescription essentielle du cahier spécial des charges et imposant le rejet de l'offre concernée.

16. S'il était admis que l'engagement de l'architecte de la Ville de Braine-le-Comte peut être qualifié d'Accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme, quod non, une telle formalité ne pourrait être qualifiée d'essentielle.

En effet, premièrement, à supposer que l'accord de principe puisse revêtir un caractère verbal, une telle démarche n'engagerait en rien l'autorité compétente.

Deuxièmement, l'Accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme, même écrit, ne présente aucune garantie d'obtention du permis d'urbanisme puisqu'il n'engage en rien l'autorité compétente pour délivrer in fine le permis d'urbanisme. Il ne peut dès lors s'agir que d'une formalité non essentielle permettant, tout au plus, d'apprécier «au niveau de l'approche méthodologique un aspect volontariste et proactif».

Au surplus, la circonstance que l'offre de l'attributaire ne contient pas l'engagement verbal de l'architecte de la Ville de Braine-le-Comte, ne signifie pas, in se, que son projet ne présente aucune certitude d'obtention du permis d'urbanisme.

En effet, l'attributaire ne s'est tout simplement pas présenté auprès de l'Architecte de la Ville de Braine-le-Comte pour obtenir un engagement verbal dès lors que cet engagement verbal ne constitue en principe pas un véritable Accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme. L'absence de cet engagement verbal ne signifie donc pas qu'il y aurait eu un refus, mais qu'il n'y a pas eu de demande.

17. En toute hypothèse un Accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme ne peut être qualifié de préalable indispensable à l'attribution d'un marché de services architecturaux selon la procédure d'appel d'offres.

D'abord, les offres des soumissionnaires ne comportent que des «esquisses d'intentions». Par principe, l'offre retenue devra donc inévitablement être précisée, détaillée, voire, à certains égards, modifiée. Les projets présentés sous forme d'esquisse par les soumissionnaires ne sont donc pas définitifs et immuables. La concrétisation de l'esquisse permet alors d'orienter le projet afin de garantir l'obtention d'un permis d'urbanisme. En effet, le pouvoir adjudicateur doit pouvoir demander à l'adjudicataire les modifications nécessaires pour que le projet réponde parfaitement à ses besoins. L'esquisse et la note d'intention doivent permettre au Pouvoir Adjudicateur d'appréhender l'approche conceptuelle du soumissionnaire, il ne s'agit pas d'études de projet. Le Pouvoir Adjudicateur n'est pas lié par l'esquisse remise dans le cadre de l'appel d'offres, même si celle-ci aura permis d'attribuer le marché. Le Pouvoir adjudicateur peut dialoguer avec l'attributaire pour arriver au meilleur projet pour son bâtiment. L'esquisse est donc sujette à modifications voire à révision profonde. Ceci d'autant plus que certains éléments de la situation existante, pouvant influencer le projet de façon majeure, ne seront étudiés par l'adjudicataire qu'après attribution du marché.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a jugé, en matière de services architecturaux, que le fait qu'un projet déroge aux prescriptions urbanistiques n'est pas ipse facto une irrégularité substantielle. Ainsi, lorsqu'un projet primé à l'issue d'un concours apporte quelques modifications mineures, aux parties classées de l'immeuble soumis à concours, il n'est pas déraisonnable de penser que l'autorisation aurait pu être obtenue du Gouvernement régional. Le Conseil d'Etat conclut alors «qu'en tout cas, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en s'abstenant d'écarter le projet de l'intervenante au motif qu'il contient ces atteintes aux parties classées de l'immeuble». Cet arrêt démontre que l'incertitude quant à

l'obtention d'un permis d'urbanisme ne peut entraîner ipse facto l'irrégularité substantielle de l'offre et son rejet.

Enfin, l'obtention de l'Accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme ne saurait être un préalable indispensable à l'attribution du marché dès lors que la mission comprend expressément :

Tranche 1 (tranche ferme) : définition du programme, élaboration de l'avant-projet et constitution du dossier de demande et obtention du permis d'urbanisme.

La circonstance qu'une esquisse obtient ou n'obtient pas l'Accord de principe précisé dans le cahier spécial des charges présente donc une importance relative. Une telle prescription ne peut donc pas être qualifiée d'essentielle.

18. C'est donc sans erreur manifeste d'appréciation que le pouvoir adjudicateur a décidé de ne pas écarter l'offre de l'attributaire pour seul le motif qu'elle ne comportait l'Accord de principe de l'Administration de l'Urbanisme.

Le moyen unique pris en sa première branche n'est dès lors pas fondé et doit être rejeté.

2.2 DEUXIEME BRANCHE : LE PRIX

[...]

2.2.2 Non-fondement

2.2.2.1 Le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur

20. L'article 110, § 2 et 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 stipule que :

«§ 2. Sans préjudice de la nullité de toute offre dont les dispositions dérogeraient aux prescriptions essentielles du cahier spécial des charges, telles celles énumérées à l'article 89, le pouvoir adjudicateur peut considérer comme irrégulières et partant comme nulles, les offres qui ne sont pas conformes aux dispositions du présent titre, qui expriment des réserves ou dont les éléments ne concordent pas avec la réalité.

§ 3. Toutefois, avant d'écarter éventuellement une offre, en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir, par écrit, les justifications nécessaires dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation prévoie un délai plus long.»

En l'espèce, il s'agit d'un marché de service attribué selon la procédure d'appel d'offres général.

Le Conseil d'Etat juge que:

«en ce qui concerne les prix anormaux, sur la base des §§ 3 et 4 de cette disposition; qu'en dehors de l'hypothèse visée par l'article 110, § 4, précité, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation particulièrement étendu dans l'application de l'article 110 précité tant pour décider de mettre en œuvre la procédure de contrôle de prix unitaires apparemment anormaux que pour apprécier la pertinence des justifications fournies par le soumissionnaire dans le cours de celle-ci» .

De la sorte, sauf l'hypothèse où il décide d'écarter l'offre du soumissionnaire concerné, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider de demander ou non des explications sur le prix d'un soumissionnaire.

2.2.2.2 Défaut de preuve de la prétendue erreur manifeste d'appréciation

21. Du prix anormalement bas, le Conseil d'Etat fournit indirectement la définition suivante :

«le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à l'égard du caractère normal ou non des prix d'une soumission a essentiellement pour objet de permettre de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges tant au point de vue qualité technique qu'au point de vue délai et exclut toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des budgets publics; que c'est dans ce sens que le rapport au Roi précédant l'arrêté royal d'exécution de la loi sur les marchés publics du 14 octobre 1964, devenu par la suite l'arrêté royal d'exécution du 22 avril 1977, dont les dispositions sur le contrôle des prix anormaux d'une soumission se retrouvent aujourd'hui à l'article 110 de l'arrêté royal d'exécution du 8 janvier 1996, précisait qu'une nullité relative affectait les soumissions «dont les éléments ne concordent pas avec la réalité, et ce afin de permettre au maître de l'ouvrage d'écarter des prix fantaisistes qui pourraient avoir des répercussions fâcheuses sur l'exécution de l'entreprise ou permettraient de réaliser des spéculations abusives».

Un prix est donc anormalement bas lorsqu'il ne permet pas d'exécuter le marché public concerné.

22. C'est à la requérante que revient le soin de prouver que le prix de l'attributaire était manifestement anormalement bas et que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne demandant pas de justification sur ce prix. [...]

En l'espèce, la requérante procède par affirmations successives, mais ne démontre pas en quoi le prix de l'attributaire serait anormalement bas, mais se contente d'invoquer les courbes d'honoraires établies par l'ordre des architectes. Ces documents ne présentent aucune valeur juridique de nature à démontrer que les prix inférieurs à ceux établis seraient de nature à empêcher l'exécution du marché. Il a, au contraire, été imposé depuis longtemps que la norme déontologique n° 2 ne peut plus être imposée de sorte qu'il y a désormais une liberté dans la détermination des honoraires.

23. Par ailleurs, le raisonnement de la requérante qui consiste à prétendre que seule une offre de prix moyen ou sensiblement proche de ce prix moyen garantirait une offre de qualité n'est pas étayé et ne peut être accepté.

Comme l'a souligné le Conseil d'Etat à cet égard :

«qu'un tel système revient, sans aucune explication, à pénaliser l'entreprise qui, pour être compétitive, a pu maîtriser ses coûts tout en conservant des prestations de qualité».

24. Enfin, in concreto, le prix de l'attributaire n'est pas anormalement bas.

Le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 8 janvier 1996 stipule que :

«Il se peut, par exemple, que le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments lui permettant d'établir une justification selon laquelle le prix remis est normal, malgré qu'il se situe en dessous de la moyenne de 15 p.c. calculée selon le § 4. Dans un tel cas, la formalité ne devra donc pas être accomplie».

En l'espèce, la partie adverse disposait d'éléments intrinsèques lui permettant de vérifier la normalité du prix offert par l'attributaire. En effet, la société AT Osborne, chargée de la mission de conseil et d'assistance au pouvoir adjudicateur

dans le cadre de la passation du marché de services concerné, a pu constater lors de précédents marchés publics similaires que le taux offert par l'attributaire n'était pas anormalement bas et permettait l'exécution du marché. De surcroît, la société AT Osborne a pu constater que la Sprl Adem PEC, partie requérante, avait déjà remis une offre comportant un taux d'honoraires de 5,11 % pour un marché similaire qui lui a été attribué.

Se fondant sur ces éléments intrinsèques la partie adverse a considéré que le prix offert par l'attributaire n'était pas anormalement bas.

25. La décision d'interroger un soumissionnaire sur son prix relève du pouvoir largement discrétionnaire de la partie adverse.

La partie requérante ne démontre pas en quoi le prix de l'attributaire serait anormalement bas.

La partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas interroger l'attributaire sur son prix dès lors que ce prix n'est pas anormalement bas au vu des éléments intrinsèques dont elle disposait.

Le moyen unique pris en sa deuxième branche est donc non fondé et doit être rejeté.

2.3 TROISIEME BRANCHE : DELAIS, CONCEPTION ET METHODOLOGIE

[...]

2.3.2 Irrecevabilité à défaut d'intérêt

27. Il est admis que lorsque le grief relatif à la cotation – à l'estimer fondé – n'a aucune incidence sur le classement des offres, l'intérêt manque au moyen, il n'y a pas lieu de l'examiner.

28. A l'issue du rapport d'analyse des offres, la requérante a obtenu un résultat total de 86/100 alors que l'attributaire a obtenu un résultat de 94/100, 8 points séparent donc l'offre de la requérante de l'offre de l'attributaire.

Concernant le critère «réduction des délais», la requérante obtient un résultat de 25/30, alors que l'attributaire obtient un score de 30/30. A supposer que les délais offerts par l'attributaire soient réellement «irréalistes», quod non, qu'ils devraient impérativement être ramenés à ce qui serait «réaliste», quod non, et que, les réductions de délais supérieures à celles de la requérante seraient «irréalistes», quod non, il conviendrait alors de ramener cette réduction de délai à celle offerte par la requérante. L'attributaire obtiendrait alors, 25/30. La requérante reprendrait alors 5 points sur l'attributaire ce qui demeure insuffisant et la confine à sa deuxième place. Le marché ne lui serait pas attribué.

Concernant le critère «spécificité de la conception et originalité de la méthodologie proposée», la requérante obtient 8/10. A supposer que l'offre de la requérante méritait la note de 10/10, quod non, la requérante reprendrait alors 2 points sur l'offre de l'attributaire, ce qui demeure insuffisant. Le marché ne lui serait pas attribué.

Même en additionnant les points réclamés par la requérante dans sa troisième et sa quatrième branche, il convient de constater qu'elle ne reprendrait au total, tout au plus, que 7 points sur l'offre de l'attributaire ce qui demeure insuffisant. En toute hypothèse donc, l'offre de la requérante serait toujours classée deuxième empêchant toute chance d'attribution du marché public concerné.

Dans un arrêt du 18 octobre 2006, le Conseil d'Etat rappelle que pour être recevable, un moyen concernant un critère d'attribution, à la rigueur combiné avec un ou plusieurs autres moyens, doit pouvoir conduire à ce que l'offre de la requérante soit considérée comme la plus intéressante.

Le moyen unique de la requérante, divisé en quatre branches distinctes, comporte deux branches sur la régularité de l'offre de l'attributaire (1 et 2) et deux branches sur la cotation des critères d'attribution (3 et 4). Or, même en combinant ces deux dernières branches du moyen unique, l'offre de la requérante n'aurait pas été déclarée la plus intéressante.

Dès lors qu'en ses troisième et quatrième branches le moyen unique ne procure à la requérante aucun intérêt, il doit être déclaré irrecevable.

2.3.3 Non-fondement

29. A titre subsidiaire, à supposer que les troisième et quatrième branches du moyen soient recevables, quod non, elles n'en demeurent pas moins non fondées.

2.3.3.1 Troisième branche

30. La requérante soutient que les réductions de délais proposées par l'attributaire du marché seraient «irréalistes».

2.3.3.1.1 La méthode de cotation évite les réductions de délais irréalistes.

31. Lors de l'analyse des offres, il a été précisé ce qui suit :

«Attendu l'ampleur des réductions proposées, afin de ne pas spéculer sur la qualité, la réduction sur les délais est limitée dans la valorisation à 50 % du délai initial du cahier spécial des charges. En effet, une réduction supérieure à 50 % est jugée déraisonnable et ne peut être jugée/valorisée positivement. Notons que cette adaptation ne modifie pas le rang des soumissionnaires pour ce critère.»

32. La partie adverse limite donc les réductions de délais à 50 % des délais initiaux et réajuste les réductions de délais qui vont au-delà de cette limite.

De la sorte le pouvoir adjudicateur a pris en considération, lors de la cotation, le caractère réaliste des réductions de délais proposées. Il juge que les réductions de délai qui ne dépassent pas la limite de 50 % des délais initiaux ne sont pas irréalistes. Ce jugement relève du pouvoir largement discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. Il s'agit d'un élément factuel de l'analyse des offres.

La partie requérante ne démontre pas en quoi le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en plaçant la limite à 50 % des délais initiaux

33. A titre complémentaire, on constate qu'une telle précision ne vicie pas la décision d'attribution dès lors qu'elle a été appliquée indistinctement à tous les soumissionnaires. De surcroît, elle ne modifie pas le critère d'attribution, s'applique de la même manière à tous les soumissionnaires et, de surcroît, ne modifie rien au classement des soumissionnaires.

En toute hypothèse, cette précision avantage la requérante par rapport à l'attributaire.

En effet, avant d'adopter cette règle, la requérante obtenait une cotation de 22/30 alors qu'elle obtient ensuite 25/30. L'attributaire obtenait d'abord 28/30 et, ensuite de cet ajustement, 30/30. L'amélioration de la cotation de la requérante est donc plus importante que celle de l'attributaire, et ce, grâce à l'ajustement susvisé.

34. Enfin, s'il fallait identifier une réduction de délai suspecte ce serait celle proposée par la requérante en son point 5 (le délai relatif à la réalisation du dossier de l'ouvrage) qui réduirait un délai initial de 45 jours à 1 jour ! Une telle réduction de délai apparaît effectivement irréaliste. C'est donc sans intérêt que la requérante soutient qu'au lieu de réajuster les réductions de délais proposées la partie adverse aurait du tout simplement écarter les offres comportant des réductions trop importantes. En effet, sur cette base, son offre aurait été inévitablement écartée. Il ressort de l'analyse des offres que 3 réductions de délai offertes par la requérante ont été réajustées car s'écarter à plus de 50 % du délai initial.

2.3.3.1.2 Les réductions de délais de l'attributaire ne sont pas manifestement «irréalistes»

35. Les réductions de délai finalement considérées par la partie adverse sont donc celles qui ont été réajustées conformément à la méthode reprise ci-dessus.

La requérante ne précise pas en quoi les réductions de délai seraient «irréalistes».

A cet égard le Conseil d'Etat juge que :

«Considérant que le cinquième critère d'attribution a trait aux "Délais pour la remise de l'avant-projet et du projet définitif - 10 points"; que pour ce critère, la requérante obtient une note de 3/10 et l'attributaire 8/10; que la partie requérante se contente d'affirmer que ses délais sont plus réalistes sans étayer cette considération; que cette argumentation, peu précise et reproductible sur toute contestation en matière de délai, n'est pas recevable;».

Dans cette affaire le Conseil d'Etat valide donc la réduction de délai de l'attributaire qui entraîne une cotation de 8/10, soit 50 % plus élevée que celle de la requérante. In casu l'attributaire offre des réductions de délai qui justifient une cotation de 30/30, soit seulement 16,7 % plus élevée que celle de la requérante, à savoir 25/30.

36. Enfin, s'il fallait identifier une réduction de délai suspecte ce serait celle proposée par la requérante en son point 5 qui réduirait un délai initial de 45 jours à 1 jour ! Une telle réduction de délai apparaît effectivement irréaliste.

37. La décision d'attribuer la cotation de 30/30 à l'attributaire pour le critère «réduction des délais» relève du pouvoir largement discrétionnaire de la partie adverse.

La partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en décidant d'attribuer 30/30 à l'attributaire pour ce critère de sélection.

Le moyen unique pris en sa troisième branche n'est pas fondé et doit être rejeté.

2.3.3.2 Quatrième branche : prétendues erreurs de cotation de l'offre du requérant

[...]

2.3.3.2.1 Le pouvoir largement discrétionnaire de la partie adverse

39. Premièrement l'appréciation critique des éléments factuels de l'offre et de son opportunité relève du pouvoir largement discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. Lors de la cotation du critère d'attribution «spécificité de la conception et originalité de la méthodologie proposée», le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation dès lors qu'il s'agit d'évaluer les qualités factuelles et

subjectives des esquisses proposées. Il ne revient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle de l'autorité administrative.

[...]

La charge de la preuve d'une erreur manifeste d'appréciation dans la cotation de ce critère repose sur la partie requérante.

Or, en l'espèce, la requérante confine sa contestation à une pure appréciation d'opportunité de l'évaluation adoptée par le pouvoir adjudicateur.

De la sorte, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour contrôler l'opportunité de la cotation accordée par la partie adverse à l'offre de la requérante.

2.3.3.2.2 Les critiques formulées dans le rapport d'analyse des offres sont fondées

40. Même si le Conseil d'Etat contrôlait le fondement des remarques factuelles du rapport d'analyses des offres, quod non, les prétentions de la requérante seraient déclarées non fondées.

En effet chacune des observations formulées dans le rapport d'analyse des offres est fondée.

41. La requérante soutient que :

«AT OSBORNE a également mal lu les plans établis dès lors que l'entrée principale donne bien sur le sas des ascenseurs et le hall de l'espace salle polyvalente minimisant de la sorte les circulations»

Le rapport d'analyse des offres indique à cet égard que :

«L'entrée principale donne sur un long couloir droit distribuant les appartements.»

Il s'agit d'une pure question d'opportunité qui relève de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

En toute hypothèse, le pouvoir adjudicateur a pu raisonnablement et sans erreur manifeste d'appréciation émettre une critique sur la qualité esthétique du projet.

Comme en attestent les plans de la requérante, l'entrée donne immédiatement sur un long couloir ce qui n'est pas esthétiquement souhaitable.

42. La requérante soutient que :

«Le rapport d'analyses critique, à tort, la situation de la salle polyvalente prétextant de circulations inutiles engendrées étant à l'entrée du bâtiment outre qu'elle ne bénéficierait pas d'un éclairage suffisant alors que cette salle est sise juste en face de l'ascenseur du bâtiment réduisant de la sorte les circulations et qu'elle possède une façade ... entièrement vitrée à l'Est !»

Le rapport d'analyse des offres indique à cet égard que :

«La salle polyvalente est située à l'entrée du bâtiment. Les circulations engendrées par ce choix ce qui cause beaucoup de circulation inutile. De plus elle ne bénéficie pas d'un bon éclairage.»

Il s'agit encore d'une pure question d'opportunité qui relève de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

En toute hypothèse, le pouvoir adjudicateur a pu raisonnablement et sans erreur manifeste d'appréciation émettre une critique sur l'emplacement de la salle polyvalente dans le projet de la requérante.

D'abord, la salle polyvalente constitue la salle commune, la salle de vie des résidents. L'emplacement de cette salle à l'entrée du bâtiment présente des difficultés d'accès. En effet, une telle salle devrait idéalement être prévue à un emplacement central du bâtiment et non à l'extrême Sud-Est. Les résidents, des personnes âgées, devront donc traverser continuellement les bâtiments pour rejoindre la salle commune.

Le pouvoir adjudicateur a dès lors, à raison, considéré que cet emplacement causerait beaucoup de circulation inutile.

Ensuite, il ressort des plans de la requérante que, bien que située à l'Est, la salle polyvalente prévue ne bénéficiera pas d'un éclairage optimal pour un local commun. En effet, le local est entouré de lattes en bois ce qui limite l'ensoleillement. De surcroît, le local est encaissé dans le «porte-à-faux» de l'entrée du bâtiment ce qui en réduit également la luminosité. Les plans de la requérante le démontrent suffisamment.

Le pouvoir adjudicateur a, à raison, considéré que la salle polyvalente ne bénéficierait pas d'une bonne luminosité.

43. La requérante soutient que :

«AT OSBORNE critique, à tort, la position du desk d'accueil la qualifiant de peu cohérente en ce qu'elle se trouve dans l'espace de la salle polyvalente alors qu'il s'agit d'un "meuble" pouvant être placé selon les desiderata précis du maître de l'ouvrage; cette option est bien évidemment fonctionnelle puisqu'elle permet à une seule personne d'assurer l'accueil tant pour les visiteurs des bureaux que pour les visiteurs de la résidence services.»

Le rapport d'analyse des offres formule la remarque suivante :

«Le Desk d'accueil se situe plutôt dans la partie des locaux administratifs et est ouvert sur les différents bureaux et salle de réunion. Les résidents et visiteurs doivent alors rebrousser chemin pour rejoindre les appartements. Ce choix n'est pas pertinent et nous craignons qu'il n'engendrera des nuisances pour les employés du CPAS.»

Il s'agit à nouveau d'une pure question d'opportunité qui relève de l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

En toute hypothèse, le pouvoir adjudicateur a pu raisonnablement et sans erreur manifeste d'appréciation émettre une critique sur l'emplacement du Desk d'accueil.

Cette remarque est entièrement fondée. En effet, le Desk d'accueil de la partie résidence se situe à gauche de l'entrée principale, dans le couloir de la partie destinée aux locaux administratifs. Cet emplacement n'est donc pas pertinent. La circonstance que cet élément du projet pourrait être modifié n'affecte évidemment en rien le droit du pouvoir adjudicateur d'émettre une critique.

44. La requérante soutient que :

«AT OSBORNE, erronément, met en exergue l'absence de local poubelle alors, pourtant, qu'il est expressément prévu, comme en atteste la vue du rez»

Dans le cahier spécial des charges, IV.1 Typologie des locaux, il est indiqué que :

«La nouvelle construction comprendra au minimum :

1. Une partie consacrée à la résidence service :

(...)

- un local poubelle»

Il est donc expressément indiqué au cahier spécial des charges, dans la partie intitulée «Typologie des locaux», que dans la partie résidence service de la nouvelle construction il devra être prévu un local poubelle. Il est clairement établi donc que ce local devra être situé «dans» la nouvelle construction.

Les plans de l'offre de la requérante n'indiquent pas d'emplacement ou d'espace réservé à ce local poubelle.

Il est uniquement indiqué : «N.B. local poubelle en enclos couvert, intégré dans les abords ». L'offre prévoit donc d'installer le local poubelle aux abords, c'est-à-dire en dehors de la nouvelle construction. La remarque émise dans le rapport d'analyse des offres indiquant que le local poubelle requis par le cahier spécial des charges n'est pas intégré au projet est exacte. En effet, le local poubelle prévu ne répond pas aux exigences du cahier spécial des charges dès lors qu'il n'est pas dans la nouvelle construction, mais dans ses abords.

Par ailleurs, une telle formule non concrétisée dans les plans manque réellement de précisions. En effet, le pouvoir adjudicateur ne sait pas où il est prévu de placer le local poubelle. Il sait uniquement, et de manière on ne peut plus vague qu'il se situera aux «abords» de la nouvelle construction. C'est donc sans erreur d'appréciation que le pouvoir adjudicateur a pu juger que la requérante ne fournissait pas d'éléments suffisants attestant et précisant la présence d'un local poubelle.

45. La requérante soutient que : «AT OSBORNE critique, à tort, l'installation des sanitaires dans la zone résidence services les rendant difficilement accessibles pour les employés du CPAS alors que les sanitaires sont bien sis dans la zone réservée aux bureaux du CPAS comme en attestent les plans»

Les seuls sanitaires destinés aux employés du CPAS sont situés à l'extrême Sud-Ouest du bâtiment ce qui les rend naturellement difficilement accessible d'autant qu'ils sont situés au rez-de-chaussée, alors que la majorité du personnel travaillera au premier étage.

C'est donc à raison que le pouvoir adjudicateur critique l'emplacement de ces sanitaires.

2.3.3.2.3 Non-valorisation d'un élément de l'offre non prévu au cahier spécial des charges

46. La requérante soutient que c'est à tort que la liaison physique établie entre le home Rey existant et la résidence service n'a pas été valorisée dans la cotation du critère «spécificité de la conception et originalité de la méthodologie proposée».

Observons d'emblée que le critère comprenait trois sous critères (esquisse, volumétrie et spécificité de la conception), dont le troisième a été coté au maximum pour le requérant.

47. Le Rapport d'analyse des offres souligne à raison que:

«Le soumissionnaire indique à tort que le programme impose deux bâtiments distincts (locaux administratifs et logements) ainsi qu'une liaison avec le home

existant. Ce choix, fait par le soumissionnaire et n'étant pas demandé au cahier spécial des charges, ne peut dès lors jouer en sa faveur».

N'étant pas prévue dans le cahier spécial des charges, la liaison choisie par la requérante n'a pas pu être valorisée dans la cotation de ce critère d'attribution.

C'est en application du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence que la partie adverse refuse de valoriser un élément de l'offre de la requérante non prévu au cahier spécial des charges.

Le critère d'attribution concerné se lit en effet comme suit :

«C) Spécificité de la conception et originalité de la méthodologie proposée
Cotation : Le pouvoir adjudicateur attribuera à chaque soumissionnaire une note globale de 30 points relative à la spécificité de la conception et à l'originalité de la méthodologie qu'il propose pour la réalisation de la nouvelle construction :

- 1. Une esquisse d'intention sera établie par le soumissionnaire (format A3). Le soumissionnaire intégrera dans cette esquisse l'environnement immédiat. Cette esquisse sera cotée sur 10 points.
- 2. Le soumissionnaire dressera également la volumétrie de principe du bâtiment proposé par l'esquisse.
- 3. La spécificité de la conception et l'originalité de la méthodologie proposée (hors esquisse) seront cotées sur 10 points .

Pondération : 30 p/100, répartis de la manière suivante :

- Esquisse d'intention : 10 p/100.
Critères d'analyse principe d'organisation fonctionnelle, qualité des quartiers de vie, chambres et espaces communs.
- Volumétrie : 10 p/100.
Critères d'analyse : intégration au site.
- Spécificité de la conception et originalité de la méthodologie proposée : 10p/100»

La Cour de Justice de l'Union européenne a jugé, dans l'affaire Lianakis, que :

«Selon la jurisprudence, cette dernière disposition, lue à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques, énoncé à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 92/50, et de l'obligation de transparence qui en découle, exige que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative soient connus aux soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres (voir en ce sens, au sujet des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C 87/94, Rec. p. I-2043, point 88; au sujet des marchés publics de travaux, arrêt du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, Rec. p. I-11617, point 98, et, au sujet des marchés publics de services, arrêt du 24 novembre 2005, ATI EAC e Viaggi di Maio e.a., C-331/04, Rec. p. I-10109, point 24).

En effet, les soumissionnaires potentiels doivent être mis en mesure d'avoir connaissance, au moment de la préparation de leurs offres, de l'existence et de la portée de ces éléments (voir, en ce sens, au sujet des marchés publics de services, arrêts précités Concordia Bus Finland, point 62, ainsi que ATI EAC e Viaggi di Maio e.a., point 23).»

En application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a jugé que le pouvoir adjudicateur ne pouvait utiliser des sous-critères ou des éléments d'évaluations inconnus des soumissionnaires.

De la sorte, tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être portés à la connaissance des soumissionnaires potentiels lors de la préparation de leur offre. Au demeurant, la perte de deux points pour le premier sous-critère s'explique au vu des éléments moins positifs du projet du requérant au vu de ce sous critère, comme exposé ci-devant.

C'est donc sans erreur manifeste d'appréciation et conformément au principe d'égalité et de transparence que la partie adverse a décidé de ne pas valoriser la liaison prévue dans le projet de la requérante qui n'était pas prévue au cahier spécial des charges et dont la simple application des critères d'attribution ne permet pas une valorisation directe.

48. La décision d'attribuer une cotation de 8/10 à l'offre de la requérante relève du pouvoir largement discrétionnaire de la partie adverse.

C'est sans erreur manifeste d'appréciation que le pouvoir adjudicateur a attribué une cotation de 8/10 pour le critère «spécificité de la conception et originalité de la méthodologie proposée».

Le moyen unique pris en sa quatrième branche est non fondé et doit être rejeté."

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Première branche

L'article 127, § 1^{er}, 1^o, du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et de l'énergie (CWATUPE) prévoit qu'un permis d'urbanisme sollicité par une personne de droit public, comme la partie adverse, est délivré par le fonctionnaire délégué.

Dès lors, à supposer que l'accord de l'administration de l'urbanisme qui est prévu par le cahier spécial des charges, fût une prescription essentielle, comme le soutient la requérante, celle-ci ne l'aurait pas respectée.

En effet, quand bien même le projet concerné eût dû être approuvé par la commune, comme l'affirme la requérante, l'administration de l'urbanisme, dont l'accord était prévu par le cahier spécial des charges, incluait également le fonctionnaire délégué conformément à l'article 127, § 1^{er}, 1^o, du CWATUPE.

Or, la requérante admet ne pas avoir sollicité l'accord du fonctionnaire délégué. Bien qu'elle soutienne qu'il lui eût été impossible de rencontrer ce fonctionnaire, le bien-fondé de cette affirmation n'est nullement démontré. Au surplus, la requérante n'établit pas avoir au moins tenté de demander l'accord du fonctionnaire délégué.

Dès lors que la requérante a méconnu cette prescription sans qu'au demeurant, la partie adverse ait écarté son offre pour ce motif, elle ne peut se prévaloir d'un intérêt à invoquer sa méconnaissance par l'attributaire du marché public. La première branche du moyen apparaît donc irrecevable.

B. Deuxième branche

La requérante ne présente aucun élément probant de nature à démontrer que le prix proposé par l'attributaire du marché public était trop bas pour qu'il fût en mesure de prester un service de qualité pour la partie adverse.

La seule différence entre les prix proposés par l'attributaire et les autres soumissionnaires ne suffit pas à établir de manière manifeste qu'en l'espèce, le prix présenté par le premier était anormalement bas.

De même, la circonstance que ce prix était éventuellement inférieur au taux recommandé par l'Ordre des architectes, n'attesterait pas en soi que le prix de l'attributaire était anormalement bas, ni que la partie adverse était tenue de procéder à une vérification de ce prix.

La deuxième branche du moyen n'est donc pas sérieuse.

C. Troisième branche

Il ressort du rapport d'analyse des offres que la requérante a également proposé des réductions de délais que la partie adverse a jugées déraisonnables et qu'elle a limitées d'initiative.

La requérante n'a donc pas d'intérêt à soutenir que la partie adverse aurait dû écarter l'offre de l'attributaire en raison des réductions de délais excessives qu'il a proposées dès lors qu'à supposer que cette critique de la requérante fût sérieuse, son offre eût dû également être écartée pour ce motif.

La troisième branche du moyen apparaît donc irrecevable.

D. Quatrième branche

Concernant le troisième critère d'attribution, la partie adverse a accordé à la requérante une cote de 8 sur 10. A supposer même que les critiques de la requérante fussent sérieuses et que la partie adverse eût dû lui conférer la cote maximale, le

marché public n'aurait cependant pas dû lui être attribué étant donné l'écart de huit points séparant son offre de celle de l'attributaire.

La requérante n'a donc pas d'intérêt à soulever les critiques développées dans cette quatrième branche du moyen qui apparaît dès lors irrecevable.

V. CARACTERE CONFIDENTIEL DES OFFRES DEPOSEES DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE D'EXTREME URGENCE

V. 1. Arguments des parties

La partie adverse indique que :

- " 51. La partie adverse dépose l'offre de l'adjudicataire à titre confidentiel et à l'attention unique de votre Conseil, conformément à :
- l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics
 - l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, et à
 - l'article 87 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, auquel se réfère l'arrêté royal du 5 décembre 1991, applicable par analogie en suspension d'extrême urgence.

Les offres des différents soumissionnaires sont couvertes par le secret des affaires de manière à ne pas nuire au secret d'affaires (art. 65/26 de la loi du 24 décembre 1993) et à une concurrence loyale entre les entreprises (art. 65/10, § 1^{er} de la loi du 24 décembre 1993).

En effet à ce stade de la procédure, si – par impossible – votre Conseil devait suspendre la décision attaquée et que le pouvoir adjudicateur recommençait, le cas échéant, la procédure, il s'indique qu'il y ait encore une concurrence effective entre les différents soumissionnaires.

Or, si les offres des différents soumissionnaires sont déposées et accessibles à tous, la partie requérante aura connaissance des offres des autres compétiteurs, ce qui altérera irrémédiablement la concurrence dans le cadre de ce marché.

Par conséquent, la partie adverse souhaite légitimement que les différentes offres – relevant du secret d'affaires – ne soient pas mises en possession de la requérante.

C'est pourquoi la partie adverse dépose la pièce 19 à titre confidentiel et donc à l'attention unique de votre Conseil.

Votre Conseil a déjà donné droit à pareille demande dans le cadre d'un dossier Delta Thermic/CHU Mons Borinage ayant donné lieu à un arrêt 218.446 en date du 13 mars 2012 :

«Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter l'offre de l'intervenante à la connaissance des parties, il convient, à ce stade, de la soustraire à la consultation des autres parties afin de préserver le secret des affaires. Pour le même motif, il y a lieu de soustraire, à ce stade, à la consultation des autres parties, comme le sollicite la partie adverse, les offres de la société anonyme DELTA THERMIC et de la société anonyme CLOSE.»".

A l'audience, la requérante conteste, en substance, le fait que la partie adverse ne lui ait pas communiqué l'offre de l'attributaire. Elle estime que tous les éléments de cette offre ne sont pas couverts par le secret des affaires. Elle considère que la consultation de cette offre lui permettrait de soulever des moyens nouveaux dans le cadre de la procédure de référé d'extrême urgence.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être effectuée par le Conseil d'Etat, à un autre stade de la procédure, sur la nécessité éventuelle de porter tout ou partie de l'offre de l'attributaire du marché public litigieux à la connaissance de la requérante, il convient, à ce stade, de la soustraire à sa consultation afin de préserver le secret des affaires dès lors que certains de ses éléments pourraient, *prima facie*, présenter un caractère confidentiel. Il se justifie d'en faire de même concernant l'offre des parties requérantes pour le même motif.

Par ailleurs, la diligence avec laquelle la procédure d'extrême urgence, prévue par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, doit être menée, ne permet pas, *prima facie*, après l'introduction du recours, une consultation partielle des offres, portant sur des aspects qui ne seraient pas couverts par le secret des affaires, dans le but d'autoriser la requérante à soulever de nouveaux moyens.

Enfin, il apparaît qu'en l'espèce, la requérante a disposé de suffisamment d'informations au sujet de la procédure et de la décision d'attribution relatives au marché public contesté afin de préparer utilement le présent recours.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres déposées par les parties requérantes et par la société momentanée AXI(h)OME/TRIEDRE/COREPRO sont soustraites, à ce stade, à la consultation des parties.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-sept avril deux mille douze par :

M.M. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.